

sygn. akt: **KIO 2612/23**

WYROK
z dnia 19 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 września 2023 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2023 r. przez wykonawcę **Pollight sp. z o.o., Al. Ch. Szucha 11b lok. H2; 00-580 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Białystok, ul. Słonimska 1; 15-950 Białystok,**

orzeka:

1. **Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego wykonawcy Pollight sp. z o.o., Al. Ch. Szucha 11b lok. H2; 00-580 Warszawa, ponowne badanie i ocenę ofert.**
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Miasto Białystok, ul. Słonimska 1; 15-950 Białystok** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Pollight sp. z o.o., Al. Ch. Szucha 11b lok. H2; 00-580 Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego **Miasta Białystok, ul. Słonimska 1; 15-950 Białystok** na rzecz wykonawcy **Pollight sp. z o.o., Al. Ch. Szucha 11b lok. H2; 00-580 Warszawa** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

sygn. akt: **KIO 2612/23**

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Białystok, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Dostawa i montaż opraw oświetleniowych na terenie Miasta Białegostoku (II)*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz.U.U.E. pod nr 2023/S 092-283843.

Dnia 23 sierpnia 2023 roku, zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty wykonawcy Pollight sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Dnia 4 września 2023 roku, wykonawca Pollight sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 w związku z art. 16 ustawy Pzp, poprzez dokonanie czynności odrzucenia oferty odwołującego, pomimo iż rzeczona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu

w stosunku do przedmiotu zamówienia, a co nastąpiło na skutek badania ofert złożonych

w postępowaniu z naruszeniem zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W oparciu o podniesione zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i przeprowadzenia oceny ofert ponownie z uwzględnieniem oferty odwołującego,

2.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania lub przedłożonych w toku postępowania przed Izbą, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania lub w dacie ich powołania w postępowaniu przed Izbą,

3.zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na

rozprawie.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Oferta odwołującego zawiera najniższą cenę ze wszystkich złożonych w postępowaniu. Tym samym, jeżeli zamawiający nie dopuściłby się wskazanych wyżej naruszeń i dokonał oceny ofert zgodnie z przepisami ustawy Pzp, oferta odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Natomiast przy utrzymaniu nieprawidłowej czynności odrzucenia oferty odwołującego, utraci on możliwość realizacji niniejszego zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający całkowicie dowolnie uznał, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a podane powody odrzucenia oferty nie tyle budzą wątpliwości, ale są całkowicie nieprawdziwe. Zamawiający oparł się przy tym na własnej i nieuprawnionej interpretacji treści wyjaśnień odwołującego, co doprowadziło go do błędnych wniosków i uznania, że oferta jest ofertą rażąco niską, pomimo iż wątpliwości zamawiającego dotyczyły zaledwie nieistotnego elementu całego zamówienia. W szczególności stanowisko zamawiającego o cenie rażąco niskiej oferty, wywodzone jest

z części o wartości poniżej 10%, nie stanowiącej przy tym istotnej części składowej oferty, szczególnie że gdyby nawet przyjąć stanowisko zamawiającego i jego wyliczenia ujawnione

w treści uzasadnienia skarżonej czynności, z czym odwołujący się nie zgadza i czemu zaprzecza, ewentualne niedomiary i niedoszacowania, znajdują swoje pokrycie

w przewidzianych w kalkulacji rezerwach i szacownym zysku. Już sama ta okoliczność powoduje, że cena oferty odwołującego nie jest ceną rażąco niską, a dokonana czynność odrzucenia oferty jest nieuprawniona. Przyjmując nawet niewłaściwą interpretację wyliczenia dokonanego przez zamawiającego dla uzasadnienia decyzji i fakt, że wyliczenie to powodowałoby dublowanie kosztów roboczogodziny pracowników oraz zawyżony koszt podnośników to i tak ewentualna rozbieżność dotyczyłaby maksymalnie kwoty 31 923,89 zł. Pokreślenia wymaga fakt, że w wyliczeniu dokonany przez zamawiającego w zakresie kosztów pracowniczych (r-g) uwzględnione były również koszty roboczogodzin wynikające z pozostałych pozycji kosztorysowej tj. poz. 2, poz. 5, poz. 6 i poz. 7, co zamawiający pominął w całej analizie. Odwołujący podkreślił, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie powinna zostać odrzucona. Przedstawione wyjaśnienia zawierają bowiem wszystkie elementy jakie zamawiający przewidział

w przedmiocie zamówienia, zaś wskazane wyliczenia wykazują, że odwołujący skalkulował wszystkie wymagane koszty. Co więcej przedstawiona kalkulacja zawierała nie tylko przewidywany zysk, ale także i rezerwę (wskazane w tabeli jako nieprzewidziane koszty dodatkowe). Odwołujący podniósł, że jeżeli wykonawca na wezwanie zamawiającego przedstawi prawidłowe założenia i sposób kalkulacji ceny, a także okoliczności, które pozwalają ograniczyć koszty, oferowana cena - nawet jeśli jest istotnie niższa od cen oferowanych przez niektórych innych wykonawców - nie może być uznana za nieprawidłową. Zatem jeśli wyjaśnienia jako całość są wiarygodne, rzetelnie przedstawiają przyjęte przez wykonawcę założenia, a wartości przyjęte do kalkulacji ceny nie są nierealne, to nie ma podstaw do odrzucenia oferty. W związku z czym, dla skutecznego podniesienia przez zamawiającego względem odwołującego zarzutu art. 226 ust.1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp należy odwołać się do ceny całkowitej oferty lub co najmniej do istotnych części składowych ceny. Analizując treść decyzji zamawiającego należy zauważyć, że zamawiający wymaganiom tym nie sprostał, przyjmując swoje uzasadnienie niejako pod tezę o zaniżeniu ceny oferty odwołującego. Zamawiający w Informacji o odrzuceniu oferty odnosi się jedynie do stosunkowo małego elementu składowego ceny tj. kosztów robocizny, które stanowią poniżej 10% wartości ceny oferty, przedstawiając własne wyliczenia, z którymi nie sposób się zgodzić i które odbiegają od złożonych wyjaśnień w tym jakże ważnego elementu jakim jest kalkulacja kosztorysowa stanowiąca integralny element wyjaśnień. Niwelując zdublowane według wyliczenia zamawiającego koszty roboczogodzin, zakwestionowana część dotyczyłaby nawet nie 5% oferty. Podkreślenia z całą stanowczością wymaga fakt, że nie ma podstaw do zakwestionowania nawet tej części, co potwierdza załączona do wyjaśnień szczegółowa kalkulacja kosztorysowa. Kwestia kosztów robocizny nie odnosi się *de facto* do całości ceny oferty, a tylko jej stosunkowo małego elementu, podczas gdy całość oferty to ponad 1 000 000,00 zł. Nawet gdyby przyznać w tym zakresie rację zamawiającemu (co w żadnej mierze nie powinno mieć miejsca), to i tak nie skutkuje to deficytem niwelującym założony zysk

i powodującym niemożliwość realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający błędnie przyjął do wyliczenia sposób realizacji umowy wskazany w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego. Zamawiający w przedstawionym wyliczeniu i wnioskach uzasadnienia przyjął błędnie, że przedstawione koszty osobowe 8 pracowników dotyczą wyłącznie modernizacji opraw LED, pomimo że wyjaśnienia odwołującego jednocześnie wskazały, że do modernizacji opraw LED delegowane będą 3 zespoły dwuosobowe (łącznie 6 osób). Pozostałe bowiem dwie osoby są delegowane do pozostałych zadań, których możliwość realizacji zamawiający zakwestionował, pomimo iż wyraźnie potwierdza to kosztorys szczegółowy stanowiący integralną część wyjaśnień odwołującego. Odwołujący zwraca uwagę, że pozycje kosztorysu poz. 2, poz. 5, poz. 6 i pozycja 7 to właśnie koszty r-g pracowników delegowanych do wykonania tych prac.

Zamawiający zaś pozycje te w swoich wyliczeniach dubluje dopatrując się nieuwzględnienia przez odwołującego kosztów całości pracy delegowanych pracowników. Zamawiający w całej analizie przyjmuje własny sposób wyliczenia poprzez wyrwykową własną interpretację wyjaśnień odwołującego i pomijając całkowicie informacje wynikające z integralnego do wyjaśnień załącznika tj. szczegółowego kosztorysu, wskazującego dokładnie koszty poszczególnych elementów. Zgodnie z wyjaśnieniami i kosztorysem z uwzględnieniem zysku na poziomie 11,3%:

-koszty pracy pracowników (koszt pracy) obejmujące: poz. 1 (wymiana opraw LED) +poz. 2 (Montaż kompensacji) + poz. 5 (Sprawdzenie i pomiar 3-fazowego obwodu) + poz. 6 (Sprawdzenie i pomiar 1-fazowego obwodu) + poz. 7 (Pomiary fotometryczne) = 58 691.26 PLN

-Koszty sprzętu = 31 384.91 PLN

-Koszt dokumentacji technicznej 28 800 PLN

-Koszt utylizacji zdemontowanych urządzeń 3 123,83 PLN

Łącznie 122 000,00PLN.

Przyjęcie narracji zamawiającego i wyliczenia wynagrodzenia pracowników: 8 ludzi x 8 godzin dziennie x 26 dni roboczych x 32 zł netto za 1 godzinę - koszty pracownicze wynoszą 53 248,00 zł a następnie dodanie kosztów pracowniczych wynikających z pozycji 2, 5, 3, 6 oraz 7 powodowałoby zdublowanie tych kosztów w tych pozycjach.

Obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie wszechstronnej i całościowej oceny wyjaśnień odwołującego. Istota postępowania prowadzonego na gruncie ustawy Pzp polega na tym, aby została wybrana oferta tego podmiotu, który z uwagi na choćby swoją efektywność i doświadczenie jest w stanie zrealizować zamówienie za cenę niższą niż inni wykonawcy.

Odwołujący podkreślił, że kolejne wezwanie zamawiającego z dnia 31 lipca 2023 r. dotyczyło jedynie konieczności doprecyzowania złożonych już przez odwołującego wyjaśnień tj. do:

-wskazania wysokości kosztów i składających się na nie składników cenotwórczych

w odniesieniu do wszystkich prac wycenionych w poz. 4 kosztorysu,

-podania przewidywanego czasu na wymianę 1 szt. oprawy oświetleniowej,

-wskazania ilości, rodzaju i kosztów pracy sprzętu przeznaczonego do zrealizowania zamówienia.

Zauważenia wymaga również fakt, że w odpowiedzi na to wezwanie odwołujący, przedstawił szczegółową kalkulację zgodną z powyższym żądaniem zamawiającego i nie można z tego powodu czynić mu zarzutu.

Odnosząc się do pierwszego zarzutu wskazanego w Informacji o odrzuceniu oferty, odwołujący wskazał, że zamawiający w żadnym udostępnionym dokumencie SWZ ani w wezwaniach do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie określił wymogu, aby wyliczenia były zgodne z kalkulacją KNNR. Wobec tego, odwołujący mógł dowolnie modyfikować nakłady jednostkowe zgodnie ze swoimi potrzebami i doświadczeniem.

Powyższe potwierdzają wyjaśnienia odwołującego z 3 sierpnia 2023 r. (dalej: „Wyjaśnienia RNC II”), gdzie odwołujący odnosząc się do wezwania zamawiającego z 31 lipca 2023 r.,

w zakresie wskazanej ceny jednostkowej za wymianę oprawy na wysięgniku oprawy sodowej 250W znajdującej się w Biuletynie Cen Robót Elektrycznych Inwestycyjnych i Remontowych wskazał, że *jako wykonawca nie jesteśmy zobligowani do stosowania stawek według Biuletynu Cen Robót Elektrycznych Inwestycyjnych i Remontowych, i dokonujemy kalkulacji*

z uwzględnieniem również naszej wiedzy i doświadczenia i kosztów jakie ponosimy w ramach kolejno realizowanych modernizacji. Dlatego też sukcesywność tych prac sprawia,

że przyjmowane wartości w kalkulacji ofert są jak najbardziej aktualne i realne, gwarantujące wykonania tych prac w ramach kalkulowanych kosztów i oferty”.

Analogicznie odwołujący nie jest również zobowiązany do stosowania stawek wskazanych w KNNR. Wobec tego, może dowolnie modyfikować nakłady jednostkowe zgodnie ze swoim doświadczeniem. Ponadto, odwołujący wskazał, że wskazana stawka w Biuletynie Cen Robót Elektrycznych jest stawką maksymalną (wygórowaną), która mogłaby zostać zastosowana

w zupełnie innym stanie faktycznym. Tym samym, twierdzenia zamawiającego, że odwołujący bez żadnego racjonalnego uzasadnienia zmienił nakłady jednostkowe są nieprawidłowe i tym samym należy przyjąć, że zamawiający nie dokonał oceny Wyjaśnień RNC II ze zrozumieniem. Odwołujący z pełną świadomością przyjął stawki 0,5 r-g w odniesieniu do pracownika oraz 0,15 m-g w odniesieniu do pracy sprzętu (montażu). Wynika to

z doświadczenia odwołującego oraz dokładnego przeanalizowania dokumentów postępowania na co wskazuje w swoich wyjaśnieniach odwołujący: *„Podkreślenia wymaga fakt, że w ramach przedmiotowego postępowania występują jeszcze bardziej sprzyjające warunki pracy, bowiem wiele słupów jest z podwójnym punktem świetlnym, co ze względu na brak konieczności wykonania dwóch podjazdów pozwala na wymianę na godzinę min. 5-6 punktów świetlnych”.*

Odwołujący zwraca uwagę na fakt, iż praca sprzętu (podnośnika), nie będzie tożsama z czasem pracy pracowników skierowanych do realizacji zamówienia. Czym innym jest roboczegodzina i czym innym jest motogodzina. Nawet odnosząc się do przywoływanych przez zamawiającego nakładów: robotnika instalacji elektrycznej z 2,32 r-g, pracy samochodu wieżowego z balkonem z 1,16 m-g, widać, że czas pracy podnośnika jest krótszy od pracy robotnika instalacji elektrycznej. Dodatkowo podkreślenia wymaga, że m-g pracy podnośnika inaczej będzie się kształtowała w przypadku podnośnika własnego a np. dzierżawionego. Wykonawca wykorzystując własne podnośniki kosztowe uwzględnia faktyczny czas pracy podnośnika. W przypadku podnośników najmowanych koszt podnośnika jest niezależny od czasu faktycznej pracy i wtedy 1 godzina najmu winna być skalkulowana nawet w przypadku gdy faktyczna praca trwałaby niespełna 10 min. Odnosząc się do szczegółowych wyliczeń zamawiającego w zakresie pracy sprzętu tj. podnośnika, odwołujący wskazuje, że nie można ich uznać za prawidłowe. Zamawiający dokonuje założeń, że sprzęt jest w użyciu przez 8 h podczas realizacji prac. Zgodnie z wyjaśnieniami odwołującego „uwzględniając, że średni faktyczny czas wymiany oprawy przez nasze ekipy wraz z podjazdem pod słup podnośnikiem wynosi 15 min w trakcie godziny jedna ekipa modernizuje min. 4 oprawy na czterech słupach”. Pomimo występujących sprzyjających warunków modernizacji, co odwołujący wykazał w wyjaśnieniach (większość podwójnych wysięgników) odwołujący „zakładając rezerwę czasową na wypadek trudnych warunków montażowych przyjął średnio 30 min na modernizację oprawy, co przekłada się, że jedną ekipę (2 osobową po 15 min każda osoba) instalatorów wykona modernizację dwóch opraw w godzinę tj. 60 min”.

Odwołujący wyjaśnia, że sprzęt skierowany do realizacji zamówienia będzie w użyciu jedynie poniżej 10 min/30 min w zależności od warunków pogodowych. Podkreślenia wymaga fakt, że czas pracy podnośnika to faktyczny czas pracy na wysokości i nie może obejmować prac przygotowawczych, które są prowadzone na ziemi. Podczas dokonywania wymiany opraw oświetleniowych sprzęt jest nieużywany tzn. stoi w wyznaczonym miejscu, w związku z tym nie zużywa m.in. paliwa. Odwołujący przewidział w kalkulacji rezerwę na nieprzewidziane koszty dodatkowe oraz wykazał zysk. Zatem nawet, jeśliby miało rzeczywiste niedoszacowanie jakiegoś elementu robocizny wskazanego przez zamawiającego (co oczywiście zdaniem odwołującego nie ma miejsca) to takie niedoszacowanie może zostać pokryte z zaplanowanej rezerwy, a w ostateczności z założonego zysku i tym samym odwołujący osiągnie mniejszy zysk niż planował. Odwołujący dochowując należytej staranności w Wyjaśnieniach RNC I wskazał również ofertę podmiotu trzeciego na wykonanie prac montażowych, która potwierdziła realność jego wyliczeń w tym zakresie. Nieprawdziwe są twierdzenia zamawiającego, że „w odpowiedzi na powyższe wykonawca złożył jedynie lakoniczne wyjaśnienia dotyczące kosztów osobowych i pracy sprzętu, zaś w pozostałym zakresie wykonawca ograniczył się jedynie do zapewnienia, iż przyjęte przez niego koszty w pełni pokrywają wszystkie koszty wykonania prac, w tym koszty wymiany opraw oświetleniowych, koszty montażu kompensacji mocy biernej, koszty wykonania prac instalacyjnych skrzynek i wykonania pomiarów jaki i wykonania dokumentacji powykonawczej”.

Zamawiający zgodnie z wezwaniem z 31 lipca 2023 r. zażądał od odwołującego złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie wskazania wysokości kosztów i składających się na nie składników cenotwórczych w odniesieniu do wszystkich prac wycenionych w poz. 4 kosztorysu, tj. robocizny, pomiarów elektrycznych, dokumentacji powykonawczej, utylizacji, kosztów związanych z prowadzeniem robót w pasie drogowym. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 maja 2023 r., sygn. akt. KIO 1134/23: „Ocena treści wyjaśnień w zakresie ich adekwatności, szczegółowości oraz dowodów zależy od treści wezwania zamawiającego. Wykonawca - zwłaszcza w tak szerokiej materii jak wycena - z założenia nie jest w stanie odnieść się do wszystkich niewyrażonych w wezwaniu do wyjaśnień kwestii, jak też przedstawić dowodów na każdą okoliczność, która następnie mogłaby zainteresować zamawiającego”.

Zamawiający w wezwaniu z 31 lipca 2023 r. wyraźnie wymagał od odwołującego wskazania wysokości kosztów oraz składających się na składników cenotwórczych. Odwołujący bardzo skrupulatnie odniósł się do wezwania zamawiającego i przedstawił szczegółową kalkulację, w której ujął wszystkie pozycje wskazane w wezwaniu zamawiającego. Ponadto, w sposób szczegółowy przedstawił sposób realizacji zamówienia z podziałem prac na ekipy oraz użycia sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia. Powyższe twierdzenia zamawiającego mogą być przykładem tego, że zamawiający nie dokonał analizy wyjaśnień, a tym bardziej nie przeczytał ze zrozumieniem złożonych przez odwołującego wyjaśnień w kontekście swojego wezwania.

W Informacji o odrzuceniu oferty zamawiający podnosi również kwestię rzekomego braku dowodów. Odwołujący wskazuje, że wywody zamawiającego w tym zakresie nie mogą zostać uznane za słuszne. Zgodnie z poglądem przyjętym w doktrynie i orzecznictwem nie jest konieczne, aby każdy argument lub każda teza w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny poparta była dowodami. Należy przedstawić dowody na te elementy, które są istotne. Takimi kosztami w niniejszym postępowaniu są koszty robocizny, okoliczności, które pozwalają zoptymalizować koszty w postępowaniu, dostawa urządzeń do kompensacji mocy biernej czy wykonanie dokumentacji, na które odwołujący przedstawił dowody.

Zamawiający wskazuje również, iż „Wykonawca nie wykazał na ile posiadana przez niego wiedza i doświadczenie oraz procedury modernizacji, w tym wymiany opraw oświetlenia ulicznego pozwoliły mu na obniżenie kosztów realizacji zadania”.

Zarzut ten jest całkowicie chybiony i nietrafny, oczywiste jest bowiem dla każdego, że każdy z wykonawców, który ma wiedzę i doświadczenie w realizacji zamówienia wypracował sobie określone procedury, wzorce działania, a efekt skali pomaga mu sprawniej i szybciej wykonywać kolejne zamówienia. Powoływanie się na brak wykazania/udowodnienia wiedzy

i doświadczenia dla odrzucenia oferty w praktyce powinno skutkować odrzuceniem ofert wszystkich tych wykonawców, którzy się na takie doświadczenie powołują, ale nie przekładają dowodu.

Następnie zamawiający wskazuje, że „Wykonawca nie wskazał, w jaki sposób i w jakim stopniu dysponowanie wykwalifikowanymi pracownikami (instalatorami) wpłynęło na kalkulację ceny ofertowej. Wykonawca w wyjaśnieniach pobeżnie nadmienił tylko, iż posiada niezbędny sprzęt i narzędzia do sprawnego prowadzenia prac – nie podał, jednak, który sprzęt, i w jakim zakresie, był brany pod uwagę do kalkulacji ceny i pozwolił mu ewentualnie na obniżenie kosztów”.

Nie mają oparcia w treści złożonych wyjaśnień powyższe twierdzenia zamawiającego. Odwołujący zarówno w Wyjaśnieniach RNC I oraz Wyjaśnieniach RNC II wskazał stawkę godzinową osób skierowanych do realizacji zamówienia. W Wyjaśnieniach RNC II odwołujący zgodnie z żądaniem zamawiającego wskazał liczbę osób, które będą wykonywać zamówienie. Pozwala to na weryfikację poprawności kalkulacji tj. wiadomo, ile osób będzie wykonywać przedmiotowe zamówienie, jaka będzie wysokość wynagrodzenia pracowników oraz jakie koszty poniesie odwołujący. Ponadto, odwołujący w Wyjaśnieniach RNC II szczegółowo przedstawił metodę wymiany opraw świetlnych uwzględniając podział prac pomiędzy pracowników oraz użycie sprzętu.

Odnosząc się z kolei do twierdzeń zamawiającego, że nie wskazał w jakim zakresie sprzęt był brany pod uwagę do kalkulacji ceny i pozwolił odwołującemu ewentualnie na obniżenie kosztów, odwołujący informuje, że Wyjaśnieniach RNC II w kosztorysie wyraźnie wskazał

w jakim stopniu i w jakim czasie będzie używał sprzętu (samochodu wieżowego z balkonem). Na marginesie odwołujący wskazuje, że kwestia dotycząca sprzętu oraz jego wykorzystywania nie jest elementem, który powoduje wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ.

Nieprawidłowe jest również twierdzenie zamawiającego, że odwołujący „nie uprawdopodobnił nawet, że okoliczności, na które się powołuje mają charakter wyjątkowy, niedostępny innym przedsiębiorcom obecnym na rynku, co mogłoby dać mu jakąkolwiek przewagę w zakresie optymalizacji kosztów”.

Odwołujący w Wyjaśnieniach RNC I (na str. 2-3) szczegółowo wskazał okoliczności oraz przedstawił dowody na potwierdzenie tych okoliczności, które pozwalają mu uzyskać przewagę nad innymi wykonawcami w zakresie optymalizacji kosztów. Potwierdzeniem tego, jest chociażby fakt, że odwołujący skutecznie zastrzegł powyższe informacje jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Reasumując, obowiązkiem zamawiającego przy ocenie wyjaśnień jest weryfikacja czy złożone wyjaśnienia są realne, rzetelne i poparte dowodami. Wyjaśnienia odwołującego są ze sobą spójne, konkretne i logiczne oraz poparte dowodami, a wykazane koszty są kosztami realnymi i rzeczywistymi oraz pozwalają na realizację przedmiotu zamówienia z zyskiem.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

29 czerwca 2023 r. zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, że kwota jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 2 000 000,00 PLN brutto. W tym samym dniu zamawiający dokonał czynności otwarcia ofert i opublikował na stronie postępowania zbiorcze zestawienie ofert. W postępowaniu oferty złożyło 5 (pięciu) wykonawców

Pismem z 13 lipca 2023 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny ofertowej.

Odwołujący, w terminie wskazanym przez zamawiającego, złożył za pośrednictwem platformy zamówieniowej wyjaśnienia wraz z dowodami w zakresie wyliczenia ceny wskazanej w ofercie.

Następnie w piśmie z 31 lipca 2023 r. zamawiający w wyniku powzięcia wątpliwości wobec treści złożonych wyjaśnień wezwał odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień.

Odwołujący pismem z 3 sierpnia 2023 r. złożył wyjaśnienia zgodnie z wezwaniem zamawiającego.

23 sierpnia 2023 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty. Za podstawę prawną zamawiający wskazał przepis art. 226 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, ponieważ złożone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanego w ofercie kosztu. Uzasadniając swoją czynność zamawiający wskazał, iż „Zgodnie z wezwaniem z dnia 31 lipca 2023 r. Zamawiający żądał od Wykonawcy złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie wskazania wysokości kosztów i składających się na nie składników cenotwórczych w odniesieniu do wszystkich prac wycenionych w poz. 4 kosztorysu, tj. robocizny, pomiarów elektrycznych, dokumentacji powykonawczej, utylizacji, kosztów związanych z prowadzeniem robót w pasie drogowym. W odpowiedzi na powyższe Wykonawca złożył jedynie lakoniczne wyjaśnienia dotyczące kosztów osobowych i pracy sprzętu, zaś w pozostałym zakresie Wykonawca ograniczył się jedynie do zapewnienia, iż przyjęte przez niego koszty w pełni pokrywają wszystkie koszty wykonania prac, w tym koszty wymiany opraw oświetleniowych, koszt montażu kompensacji mocy biernej, koszty wykonania prac instalacyjnych skrzynek i wykonania pomiarów jak i wykonania dokumentacji powykonawczej. Odnosząc się do wyjaśnień w zakresie robocizny wraz z kosztorysem wykonanym w programie Norma wg. pozycji KNNR 9 1005-01. Zamawiający wskazuje, iż Wykonawca bez żadnego racjonalnego uzasadnienia zmienił nakłady jednostkowe w zakresie:

robotnika instalacji elektrycznej z 2,32 r-g, na 0,5 r-g

pracy samochodu wieżowego z balkonem z 1,16 m-g, na 0,15 m-g, co nie odpowiada nawet 10 minutowemu montażowi, pomimo iż wykonawca deklarował montaż jednej oprawy 15 min, zaś przy trudnych warunkach 30 min.

Niezależnie od powyższego, przyjmując założenia Wykonawcy w zakresie montażu 1061 opraw oświetleniowych, tj. czas jego wykonywania tj. 26 dni, przy zaangażowaniu 4 ekip składających się z dwóch osób, czyli 8 osób, które będą pracowały po 8 godzin ze stawką przyjętą przez Wykonawcę 32 zł/r-g, z trzema podnośnikami, którego koszt pracy zgodnie wynosi 106,42 zł/m-g., całkowity koszt montażu przedstawia się następująco:

wynagrodzenie pracowników: 8 ludzi x 8 godzin dziennie x 26 dni roboczych x 32 zł netto za 1 godzinę - koszty pracownicze wynoszą 53 248,00 zł

wynagrodzenie pracy sprzętu tj. podnośnika: 3 podnośniki x 8 godzin dziennie x 26 dni roboczych x 106,42 zł netto koszt pracy sprzętu wynosi 66 406 zł.

W związku z powyższym, koszt pracowników i sprzętu wynosi 119 654,00 zł netto, tym samym kwota w wysokości 2 346,00 zł wynikająca z różnicy wartości wskazanej w poz. 4 kosztorysu Wykonawcy (122 000,00 zł) i ww kosztów (119 654,00 zł) nie pokrywa kosztów wskazanych przez Wykonawcę w przedłożonym kosztorysie, tj.:

poz. Nr 2. Montaż kompensacji mocy biernej- w kwocie 7 116,12 zł,

poz. Nr 3. Dokumentacja techniczna. Kalkulacja własna. w kwocie 28 800,00 zł,

poz. Nr 4. Koszt utylizacji zdemontowanych urządzeń. Kalkulacja własna w kwocie 3 123,83 zł,

poz. 5, 6, 7 wykonanie pomiarów elektrycznych i fotometrycznych. Kalkulacja własna. Kwoty: 7 116,12 zł + 9 442,90 zł + 3 558,00 zł w kwocie 20 117,02 zł.

Zamawiający wskazuje, iż zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy, który otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnień. Tym samym złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na Wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny poparte być stosownymi dowodami.

W oparciu o powyższe Zamawiający uznał, iż złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie są wystarczające i spójne, nie obrazują poszczególnych kosztów do poniesienia na wystarczającym poziomie, by zapewnić danemu wykonawcy zysk na przedmiotowym zadaniu. W ocenie Zamawiającego, Wykonawca nie przedstawił wystarczających dowodów, by uznać, że podane w wyjaśnieniach okoliczności, mogły wpłynąć na wysokość ceny, m.in.:

1) Wykonawca nie wykazał na ile posiadana przez niego wiedza i doświadczenie oraz procedury realizacji modernizacji, w tym wymiany opraw oświetlenia ulicznego pozwoliły mu obniżenie kosztów realizacji zadania;

2) Wykonawca nie wskazał, w jaki sposób i w jakim stopniu dysponowanie wykwalifikowanymi pracownikami

(instalatorami) wpłynęło na kalkulację ceny ofertowej. Wykonawca w wyjaśnieniach pobieżnie nadmienił tylko, iż posiada niezbędny sprzęt

i narzędzia do sprawnego prowadzenia prac - nie podał, jednak, który sprzęt, i w jakim zakresie, był brany pod uwagę do kalkulacji ceny i pozwolił mu ewentualnie na obniżenie kosztów.

3) Wykonawca, nie uprawdopodobnił nawet, że okoliczności, na które się powołuje mają charakter wyjątkowy, niedostępny innym przedsiębiorcom obecnym na rynku, co mogłoby dać mu jakąkolwiek przewagę w zakresie optymalizacji kosztów.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne. Izba w całości podziela argumentację prezentowaną przez odwołującego, a ponadto stwierdza, co następuje.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający w sposób nieuprawniony, całkowicie dowolnie, bez uwzględnienia treści wyjaśnień złożonych przez odwołującego dokonał czynności odrzucenia oferty odwołującego. Z uwagi na sankcyjny charakter przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, aby skutecznie odrzucić ofertę wykonawcy, zamawiający ma obowiązek w sposób bezwzględny ustalić a następnie ocenić całokształt okoliczności związanych z procedurą ustalenia czy cena ofertowa wykonawcy jest ceną rażąco niską. Okoliczności i fakty wynikające z takiej oceny zamawiający musi jednoznacznie wskazać w informacji o odrzuceniu oferty.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający takich okoliczności nie wyjaśnił w sposób uprawniający go do dokonania skarżonej czynności. Jak wynika z ww. przepisu, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie natomiast z przepisem art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Rażąco niska cena została zdefiniowana w orzecznictwie sądów okręgowych. Przykładowo SO w Katowicach (wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07) wskazał, że *o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę*. Natomiast SO w Warszawie (wyrok SO w Warszawie z dnia 6 września 2002 r. sygn. akt V Ca 1020/02) dodał, że *przez cenę rażąco niską należy rozumieć cenę znacząco odbiegającą od cen rynkowych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów ponoszonych przez wykonawcę*.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, odwołujący w sposób prawidłowy wypełnił dyspozycję przepisu art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, dotyczącego obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu.

Odwołujący wyjaśnił zamawiającemu wszystkie okoliczności mające wpływ na kalkulację ceny ofertowej. Fakt, iż cena oferty odwołującego odbiega od szacunku dokonanego przez zamawiającego nie oznacza jednocześnie, że wykonawca złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę. Podnieść bowiem należy, iż zamawiający uwzględnił wartości przeliczeniowe wynikające z programu Norma, przyjmując dla określonych pozycji KNNR wartości ustalone przez ten program.

Z kolei odwołujący wykonawca wyjaśniając zamawiającemu cenę oferty podał, iż wartości ustalone dla danych pozycji KNNR należało zmodyfikować uwzględniając sposób realizacji zamówienia przyjęty przez wykonawcę do realizacji tego przedmiotu zamówienia. Wykonawca, przystępujący do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, po zapoznaniu się z warunkami zamówienia opisanymi przez zamawiającego, uwzględniając własne doświadczenie, kontakty handlowe, aktualną sytuację na rynku, potencjał osobowy i sprzętowy, organizację pracy, czyli te elementy, które stanowią własne *know-how* wykonawcy, podejmuje decyzję w zakresie wyceny zleczanych prac z uwzględnieniem zakładanego zysku. Okoliczność, iż przyjęty przez wykonawcę plan realizacji zamówienia nie koresponduje z założeniami ustalonymi przez zamawiającego nie może *ex cathedra* deprecjonować wyjaśnień składanych przez wykonawcę.

Izba wskazuje, że z wyjaśnień złożonych przez odwołującego, zarówno tych składanych na wezwania zamawiającego, jak i tych przedstawianych na rozprawie, jednoznacznie wynika, że odwołujący prawidłowo wycenił wartość prac, a co za tym idzie, jego oferta nie podlegała odrzuceniu. Jak bowiem wynika ze złożonych wyjaśnień odwołujący zoptymalizował wykonywanie zleczanych prac zarówno pod kątem liczby pracowników skierowanych do realizacji zadania, jak również w sposób odpowiednio proporcjonalny dokonał wyceny pracy sprzętu. Potwierdzeniem prawidłowości dokonanej wyceny jest chociażby oferta podmiotu trzeciego, która obejmuje wykonanie całości prac (bez kosztów samych oprav), z uwzględnieniem np. zajęcia pasa drogowego. Ceny wynikającej z przedmiotowej oferty zamawiający nie kwestionował, co oznacza, że jest ona realna. Dowód ten odwołujący złożył na okoliczność realności przyjętych kosztów montażowych,

jednocześnie zastrzegając,

że całość prac wykona we własnym zakresie przy użyciu własnych zasobów.

Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego podał, że „*wykonawca bez żadnego racjonalnego uzasadnienia zmienił nakłady jednostkowe w zakresie (...)*”. Zdaniem Izby nie jest zasadne podważanie kalkulacji przyjętych przez wykonawcę, jeżeli, jak to wynika z akt sprawy, są one realne i możliwe do przyjęcia. Tym bardziej, że zamawiający

w dokumentacji postępowania nie żądał kalkulowania cen w oparciu o przeliczniki wynikające z KNNR. Skoro zatem wykonawca, znający swój potencjał wskazuje, że do wyliczenia ceny ofertowej ustalił odpowiedni czas pracy, wyceniając go w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami oraz ustalił czas pracy sprzętu, który w jego ocenie będzie pracował w określonym czasie, to nie sposób, względem takich wyjaśnień stawiać zarzutów. Odmienność w kalkulacji przyjętej przez zamawiającego od tej ustalonej przez wykonawcę stanowi jasny przykład,

iż każde zamówienie charakteryzuje się właściwym dla takiego zadania okolicznościami, które należy uwzględnić oceniając prawidłowość dokonanej wyceny. Nie jest możliwe arbitralne przyjmowanie przez zamawiającego stanowiska, że tylko jego wyliczenia są prawidłowe, gdyż nie taki jest sens i cel składania przez wykonawców wyjaśnień. Zamawiający, w przypadku stwierdzenia takich rozbieżności ma obowiązek je ocenić, uwzględniając jednocześnie dedykowane temu wykonawcy warunki realizacji zamówienia. Skoro zatem odwołujący wykazał oraz poparł stosownymi dowodami i wyliczeniami, że sprzyjające warunki realizacji zamówienia pozwalają mu na oszacowanie kosztów we wskazanej w ofercie cenie, to niezasadne jest bagatelizowanie tych wyjaśnień.

Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej m.in. wyrok z dnia 17 kwietnia 2023 r., sygn. akt. 880/23, w którym Izba wskazała, iż „*Okolicznością notoryjną,*

a więc niewymagającą żadnego dowodu jest fakt, że na cenę oferty ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Zestawienie wartości stanowiących różnicę w cenach nie może stanowić jednoznacznego dowodu, że cena jednego przedsiębiorcy jest realna, a każda niższa cena jest ceną nierynkową.

Z doświadczenia życiowego i logiki wynika, że przedsiębiorca, który realizował podobne zamówienia, posiada doświadczenie na danym rynku będzie umiał wybrać bardziej optymalny sposób realizacji zamówienia, lepiej przewidzi ryzyka i nie będzie doliczał nadmiernego buforu bezpieczeństwa, co znajdzie odzwierciedlenie w cenie oferty, co jednak nie zwalnia zamawiającego z dokładnego wyjaśnienia zaoferowanej ceny. Różne podmioty, o odmiennej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, właściwym dla siebie potencjale technicznym i zawodowym oraz własnym know-how są w stanie zaoferować różne ceny ofertowe, co nie świadczy o rażąco niskiej cenie, a o prawidłowym działaniu konkurencyjnej gospodarki”.

Za nieistotny, z punktu widzenia rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania, Izba uznała dowód powołany przez zamawiającego (dowód nr 1), albowiem informacje tam zawarte dotyczą okoliczności związanych z wyceną oferty innego podmiotu, posiadającego inne „właściwości rynkowe”. Dowody nr 2 i 3 stanowią jedynie kalkulację własną zamawiającego, co należało uznać za stanowisko strony w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:.....